

判例評釈

〔刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

けん銃等所持の共謀を否定した第一審及び原審を
破棄差し戻した事例

最高裁平成21年10月19日第二小法廷判決

裁判集刑事297号489頁、判時2063号155頁、判タ

1311号82頁

伊 藤 嘉 亮

一 事案の概要

本件は、甲野組の幹部であり、また、同組第二次団体乙原会の総長でもある被告人が、同会の配下組員 B、C と共謀の上、平成9年9月20日、大阪の A ホテルにおいて、けん銃及びに適合実包を所持したとして銃砲刀剣類所持等取締法（以下、銃刀法）違反に問われた事案である。なお、本件に関連する事実関係として、同年8月28日に甲野組若頭が射殺される事件が発生したところ、同年9月3日、被告人を含む甲野組執行部によって、その事件の実行犯と目される者が属する丁木会の会長が絶縁処分とされ、また、甲野組系組員による丁木会に対する発砲事件が多発していたという事情がある。

一審判決は、被告人が実行者に対してけん銃等を携帯して自己を警護するよう具体的に指示を下さなくても、同人らの役目が被告人の警護であって、被告人としても、同人らが被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを概括的にせよ確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容し、同人らもこれを了承していたと推認されるのであれば、被告人らの間にけん銃等の所持に関する黙示的な意思の連絡があったものと認められるとした上で、被告人が同人らと共に共謀して本件けん銃等を所持していたという嫌疑も相応に存在するとしつつも、丁木会関係者からの襲撃の可能性について、被告人としてはそれをさほど高くないと考えていたこと、周囲の者がけん銃を所持して警護していると確定的に認識できるほどの厳重な警護態勢が取られていたとまでは認められないこと、B、C らが被告人のボディガードとして随行する取り決めが交わされて

いたとは考えにくいこと、及び、乙原会内においては警護体制ないしは組織が存在しないことなどを併せ考えると、被告人が同人らによるけん銃等の所持を概括的であっても確定的に認識し、これを認容していたとするには合理的な疑いが残るとして、無罪を言い渡した。⁽¹⁾

原判決は、①丁木会からの襲撃の可能性はさほどではなく、特段の警護は必要ないと被告人が考えていたとしても不自然ではない状況であったこと、②乙原会本部事務所付近における警護態勢が同年 9 月 1 日以降特に嚴重なものであったとは認められないこと、③ JR 浜松駅から本件ホテルまでの警護態勢につき、B、C の立場が、警護役専門でなく、荷物持ちとしての役割が大きいとみる余地があること、④乙原会関係者の警護の程度が戊谷会に比べると低かったこと、⑤本件直前、ホテルロビーにおいて、被告人は集団の先頭を歩いており、警察官が被告人に接近しても、B、C がそれを制止するなどの行動に出た形跡はないこと、⑥乙原会にはけん銃を所持するなどした組長の警護組織がないことに照らすと、被告人において、実行者のけん銃等所持につき概括的にせよ確定的な認識があったことが認められる事実は存せず、第一審判決に事実の誤認はないとし、検察官の控訴を棄却した。これに対して検察官が判例違反、事実誤認を理由に上告したのが本件である。⁽²⁾

二 判決要旨——破棄差し戻し

最高裁は、検察官の上告趣意は刑法 405 条の上告理由に当たらないとしたが、職権で、上述の①から⑥に対して以下のように述べ、検察官主張の各間接事実に関する原判決の認定評価等は是認することができないとした。

①丁木会からの襲撃に関する被告人の認識について

本件当時は、甲野組若頭殺害事件から日も浅く、甲野組による丁木会関係先に対する発砲事件が多発しており、平時とは異なる状況下にあった。このような状況の下では丁木会関係者による襲撃の危険があると考えることが自然であって、実行者は、「被告人を警護すべく、けん銃をいつでも発射できる状態で携帯所持した上、被告人に随行していたものであり、その理由は、正に被告人が丁木会関係者から襲撃を受ける危険があると考えたことにあると認められ、同じ機会に戊谷会が、丁木会関係者からの襲撃を危くして、配下組員がけん銃を適合実包と共に携帯所持して組長の警護に当たっていたことも併せ考慮すると、独り被告人の

(1) 大阪地判平成 16 年 3 月 23 日 (裁判所ホームページ参照)。

(2) 大阪高判平成 18 年 4 月 24 日 (公刊物未登載)。

みが、そのような危険はなく、特段の警護をするまでのことはないと判断していたとしても不自然ではないという原判決の評価は、不合理なものというほかはない」。

②乙原会本部事務所及び被告人の自宅の警戒強化について

同年9月1日以降の警戒態勢については、「丁木会関係者による襲撃の危険性が少なくなるなど状況に変化がない以上、同様の警戒態勢を一定期間取り続けることは自然なことであり、現に同月十九日、翌二〇日の本件時には、被告人を警護するためいつでもけん銃を発射できる状態で携帯所持し被告人に随行していたことに照らしても、……乙原会本部事務所や被告人の自宅付近で、乙原会関係者による警戒態勢が強化されていた旨を否定する原判断は、相当ではない」。

③JR 浜松駅から本件ホテルに至るまでの被告人に対する警護について

新幹線ホームにおいては「被告人に対する嚴重な警護が行われていたものと認められる」し、他の場所でも「駅ホームなどにおけると同様の警護態勢が取られていたと推認すべきである」。原判決は、実行者の立場は荷物持ちとしての役割が大きいとみる余地があるとするが、そうであれば同人を同行させる必要はないし、また、「荷物を持つ場合があったとしても、護衛としての行動に支障が生じるようなものであったとは認められない」。

④被告人の本件ホテル滞在中の警護態勢について

被告人の配下組員は継続的に監視の目を光らせ、被告人の警護に当たっていた。マッサージやルームサービスを受けた際も、上記警護状況のほか、複数の配下組員が被告人の客室内にいたことに照らすと、十分な警護態勢が取られていたというべきである。また、「乙原会関係者の警護の程度が戊谷会のそれに比べ格段に低いとはいえない」。すなわち、「両会とも二名の配下組員がけん銃をいつでも発射できる状態で携帯所持して警護していたという、それ自体嚴重な警護というべき態勢が基本的に変わるものではない」。

⑤本件当日における本件ホテルロビーでの警護態勢について

「仮に被告人が集団の最前列を歩いていたとしても、……配下組員二名が、一団に接近する者の有無、その状況を警戒しながら、危急の場合に防御や反撃ができる程度に被告人に近接した位置にいれば、その警護に必ずしも支障があるともいえない」。また、警察官の接近を阻止するなどの行動に出た形跡がないとしても、「組長の生命、身体をねらう危険かつ不穏な動きでなければ、制止のための

行動に出ないことは何ら不可解なことではない」。

⑥組長の警護組織の有無について

「専従の警護組織があれば共謀が認められやすいとはいっても、それが認められないからといって、共謀の認定を直接左右するまでの事情になるものとは考え難い。そして、現実に行われた乙原会と戊谷会の警護態勢を比較しても、随行者数はほぼ同数であり、実包を装てんしたけん銃を携帯所持していた者はいずれも二名であって、乙原会の警護態勢は戊谷会のそれと比べてさほどそんな色のあるものではないといえることができる」。

以上の6点からは、B、Cらは、「JR浜松駅から本件ホテルロビーに至るまでの間、丁木会からのけん銃による襲撃に備えてけん銃等を所持し乙原会総長である被告人の警護に当たっていたものであるところ、被告人もそのようなけん銃による襲撃の危険性を十分に認識し、これに対応するため配下のB、Cらを同行させて警護に当たらせていたものと認められるのであり、このような状況のもとにおいては、他に特段の事情がない限り、被告人においても、B、Cがけん銃を所持していることを認識した上で、それを当然のこととして受け入れて認容していたものと推認するのが相当である」として、最高裁は原判決及び一審判決を破棄し、本件を大阪地方裁判所に差し戻した。

三 評釈

1. はじめに

共謀共同正犯のリーディングケースである最高裁昭和33年5月28日大法廷判決（以下、練馬事件判決）は、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」とした⁽³⁾。これに対して、最高裁平成15年5月1日第一小法廷決定（以下、平成15年決定）⁽⁴⁾において、明示的な謀議行為が存在しない場合の共謀共同正犯が肯定されたため、現在は両者の関係が問題とされてい

(3) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

(4) 最決平成15年5月1日刑集57巻507頁（その下級審として東京地判平成12年3月6日、東京高判平成13年10月16日）。

(5) 島田聡一郎「刑事判例研究第83回 暴力団組長である被告人が、自己のボディガードらのけん銃等の所持につき直接指示を下さなくても共謀共同正犯の罪責を負うとされた事例」ジュリスト1288号（2005）157頁参照。

る。本件は平成15年決定を踏襲するものであり、明示的な謀議行為のない事案における共謀共同正犯の成否の判断過程を明らかにするものとして参考になる。

本件を含む銃刀法違反の共謀共同正犯の成否が争われた近時の一連の判例⁽⁶⁾においては、被告人が実行者との間でけん銃等所持につき共謀を遂げたといえるかが争われたわけだが、共謀に関する直接証拠がないため、検察官主張の間接事実を認定し、それによって共謀を肯定しうることが問題であった。これまで、裁判所は、共謀の成立要件として、被告人の組織における地位及び警護の対象としての立場のほか、実行者がけん銃等を所持して被告人を警護していることについて、被告人が概括的にせよ確定的に認識していることを挙げてきた。そして、平成15年決定はスワットという警護組織の存在を、最高裁平成17年11月29日第一小法廷決定（以下、平成17年決定）は丁木会からの襲撃の危険性を、そのような認識を認定するための間接事実として認め、その存在を肯定したのである。これに対して、本判決は、「被告人においても、配下組員らがけん銃を所持していることを認識した」とするのみで、「確定的」認識には言及していない点で注目される⁽⁷⁾。

しかし、他者の犯行の認識が如何にして自身の犯罪性を基礎付けるというのであろうか。たとえ被告人が、実行者の行動に多大なる影響力を及ぼしうる地位あるいは当該犯行の利益の帰属主体としての立場を有しようとも、それに加えて他者の犯行を認識しているだけで犯罪が成立することはない。共謀共同正犯といえども、作為ないし不作為による因果的寄与が必要であって、行為主義から解放されるわけではないのである。また、共謀共同正犯があくまでも「正犯」の一種である以上、被告人の正犯性の検討も不可欠であろう。以下ではこうした観点から本判決を考察していくことにする。

(6) 本件及び平成15年決定事件以外のものとして、最決平成17年11月29日裁判集刑事288号543頁（下級審：大阪地判平成13年3月14日判時1746号159頁、大阪高判平成16年2月24日判時1881号140頁）。

(7) 坂口拓也「刑事判例研究（416）」警察学論集63巻5号（2010）157頁は、本件は「『確定的な認識』を共謀成立の要件とした訳ではないという解釈も不可能ではないように思われる」としている。また、朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題「第二版」』（成文堂・2010）170頁も、「『認識』という表現を用い、『確定的認識』という表現を用いなかったことが注目される」と述べている。小玉大輔「警護目的でけん銃等を所持していた暴力団組員との共謀の成否に関する最高裁判決」法律のひろば63巻5号（2010）49頁も参照。

(8) 共謀共同正犯と行為主義の関係については、松原芳博「共謀共同正犯と行為主義——最高裁平成十五年五月一日決定・同平成一七年一月二九日決定を契機として——」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集「上巻」』（成文堂・2007）525頁参照。

2. 被告人の行為とその意味

(1) 被告人の行為

銃刀法のいう「所持」は物理的にけん銃等を把持している必要はないが、けん銃等について事実に支配を及ぼしている客観的な支配関係が必要である。しかし、本件被告人にそのような事情は認められないため、実行共同正犯を基礎付けることは出来ない。また、被告人は、実行段階あるいは準備段階において、実行者に対してけん銃等の所持を禁止する旨命じる義務があったにもかかわらずそうしなかったとして不作為による共同正犯を認めることも出来ない。というのも、そのような作為義務を被告人に認める根拠は存在しないからである。したがって、被告人の行為は準備段階における作為に、すなわち例えば「甲野組総本部への出発を決定すること、あるいはそれを許可すること」に求めるほかないと思われる。

(2) 行為の意味

共謀共同正犯が認められるのは、通常、けん銃等の所持を明示的に指示・命令する場合であろう。したがって、本件被告人の行為によってけん銃等所持の共謀共同正犯が成立するのは、その黙示的行為が、明示的な指示・命令と同じ意味を有しているといえる場合である。それではいかなる事情が存在すれば、その黙示的行為にそのような意味を認めうるであろうか。

行為が有する意味は、行為それ自体としては同じだとしても、それが行われた文脈によって異なりうるものである。例えば、被告人が外出する際にはけん銃等を所持して被告人を警護するよう決定されている護衛組織が設立されている中、その護衛組織に対して外出を伝えることは、けん銃等所持の指示・命令と同じ意味を有しているといえる。平成15年決定はまさにこのような判断をしたものと推測される。しかし、そうした護衛組織が存在しない場合であっても、黙示的行為にそのような意味を見出すことは不可能ではない。すなわち、対立組織の関係者からけん銃等により襲撃される危険性があるため、外出する際にはけん銃等を所持して警戒する必要があると誰もが考える状況下で、対立組織関係者に狙われうる者が外出を決定すること、あるいは許可することは、けん銃等を所持して警護に当たるよう命令することと同じ意味を有するといえるのである。これに対して、けん銃等により警護することが定められている護衛組織もなく、また、けん銃等による警護が必要な状況もないのであれば、外出の決定・許可が、けん銃等所持の指示・命令を意味することはない。行為を行った行為者の地位や立場も、

(9) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法〔第七卷〕』（立花書房・1987）409頁（阿部純二・北野通世）。

また、その行為の意味を変えうる要素である。つまり、行為者が所属組織における重要人物であり、それゆえ当該組織関係者が一団となって保護しなければならない立場にある場合には、彼の外出の決定・許可という黙示的行為がけん銃等所持の指示・命令の意味を持ちうるのに対して、護衛の必要のない末端組員が同じことをしたとしても、その行為がそのような意味を持つことはない、といえるのである。

本件においては、けん銃等による警護が必要となる襲撃の危険性の存否が争われ、その存在が肯定されている。最高裁の事実認定ならびにその評価を前提にするならば、そのような状況下で警護の対象である被告人が甲野組総本部への出発を決定することは、けん銃等所持の指示・命令を意味するものといえ、ここに、被告人の指示・命令的な関与行為を見出すことが出来ると思われる。

（３）被告人の行為と認識の関係

ところで、銃刀法違反の共謀共同正犯の成否が争われた本件以前の一連の判例において、被告人の認識の程度が争われたのは、実行者がけん銃等を所持して被告人を警護しているということを被告人が確定的に認識しているということは、確定的な認識を得られる程の状況、例えばけん銃等で警護に当たる専従組織やけん銃等により襲撃される危険性が存在していたことを意味するからである。それゆえ、確定的な認識の存在を肯定することは、被告人がそのような状況下で上述の行為を行ったことを示すもの、換言すれば、被告人の行為がけん銃等所持の指示・命令の意味を有していることを示すものである。これに対して、未必的な認識しか得られないような状況下で黙示的行為を行った場合、その行為に指示・命令の意味を見出すことは、確定的な認識が得られる場合に比べて困難であろう。そのような場合に共謀共同正犯を肯定するためには、明示的な意思連絡が要求されるように思われる。

それでは、裁判所が被告人の行為の意味を直接に問うことはせず、被告人の認識面に固執してきたのはなぜであろうか。この点については以下のように解することが出来る。すなわち、一連の事件においては、終局的には、銃刀法違反について被告人らの間に共謀が認められうかが争われたわけだが、共謀の意義について⁽¹⁰⁾それを「共同犯行の意思」と解する主観的謀議説が実務上有力であるた

(10) 例えば、上野智「事実認定の実証的研究〔第6回 共謀の認定〕」判タ254号（1971）14頁、石井一正／片岡博「共謀共同正犯」小林充ほか編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』（判例タイムズ社・1992）343頁、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号（1999）12頁、石井一正『刑事事実認定入門』（判例タイムズ社・2005）123頁、出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社・2006）200頁、村瀬均「共謀（1）——支配型共謀」小林充ほか

め、主観的謀議説との整合性から、被告人の主観面に分析の主眼が置かれたものと推測される。しかし、それは、裁判所の判断の表面的な部分に過ぎず、そのような被告人の主観面の検討の背後には、被告人の行為の意味の分析が存在しているように思われるのである。

ところが、未必の故意による共同正犯も一般的に認められており、それは、硫酸ピッチの入ったドラム缶の不法投棄を依頼した者につき未必の故意による共謀共同正犯の成立を認めた最高裁平成19年11月14日第三小法廷決定によっても肯定されている⁽¹¹⁾。本判決はこのことを考慮して、下級審においては使用されていた「確定的」な認識という表現を避けたものと推測される。しかし、本判決の判断の中にも、本件犯行の行為状況及び被告人の行為の意味の検討は含まれていると解すべきであり、また、裁判所がこのことを忘却することは避けなければならない事態である。

(4) 被告人の行為の証明

ここまでの考察は、被告人が例えば「甲野組総本部への出発を決定する、あるいは許可する」という行為を行ったことを前提にしている。確かに、乙原会総長という被告人の地位に鑑みれば、少なくとも最終的には被告人が甲野組総本部への出発を決定ないし許可したであろうと推察することは可能である。しかし、被告人のそのような行為が彼の罪責を決定付ける重要な事実である以上、その存在は裁判所によって証明されなければならない事実であるはずだが、本判決ならびに本判決の下級審においてこの点につき検討を加えている部分は見当たらない。そうすると、例えば、そのような決定をしたのは被告人以外の乙原会関係者（例えば総長秘書）であって、被告人としては総長秘書の提示したスケジュール通りに行動したに過ぎないという可能性もあるであろう。確かに、本判決は、被告人の認識をめぐる原判決の判断を不十分としたに過ぎず、有罪認定をしたわけではないので、その点の検討がないからといって直ちに本判決を批判することは出来ない。しかし、裁判所としてはこの点にも関心を持つべきであって、差し戻し審においては詳細な検討が行われることを期待したい。

3. 実行者側の認識

前述のように共謀共同正犯が「正犯」の一種である以上、その成否を考えるに当たっては被告人の正犯性も重要な検討対象である。以下では、実行者側の認識

編『刑事事実認定重要判決50選（上）[補訂版]』（立花書房・2007）203頁、菊池則明「共謀（2）——対等型共謀」小林充ほか編『刑事事実認定重要判決50選（上）[補訂版]』（立花書房・2007）215頁を参照。

(11) 最決平成19年11月14日刑集61巻8号757頁。

が被告人の正犯性とどのような関係にあるのかについて考察する。

本判決では、実行者によるけん銃等所持に関する被告人の認識については、綿密な事実認定ならびにその評価に基づいて、その存在が肯定されている。しかし、それに対して、被告人が実行者にけん銃等を所持して警護するよう指示・命令していることに関する実行者の認識については検討されていない。確かに、実行者が背後者の行為を認識していなくても、共犯の成立要件としての因果性が背後者に認められることはあり得るが、共謀共同「正犯」が成立するためには単なる因果性以上の関係が要求される。すなわち、判例において被告人に正犯性が認められるのは、当該犯罪が被告人にとって自己の犯罪といえる場合であるが、⁽¹²⁾そのためには被告人が重要な役割を果たしている必要があるのである。しかし、背後者の行為が実行者に認識されていない場合は、被告人の行為と実行者の犯行との意味連関が弱い⁽¹²⁾ため、背後者に正犯性を認めることが困難になるといえよう。

したがって、共謀共同正犯の成否を考えるに当たっては、被告人の認識のみならず、実行者の認識についても検討を加えなければならない。この点、本件第一審判決においては、実行者が「被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを被告人としても概括的にせよ確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容し、同人らもこれを承知していたと推認されるのであれば、……黙示的な意思の連絡があったものと認められ」とされており、この問題が意識されていたように思われる（もっとも、第一審判決は被告人の確定的な認識を否定したため、結局実行者の認識が問題とされることはなかった）。それゆえ、本判決においてもこの問題は当然に意識されており、被告人が実行者の犯行を確定的に認識している以上、実行者も被告人の行為を認識しているといえたと判断した、と推察することも可能であろう。しかし、被告人の認識と実行者の認識が別物であって、また、実行者が自らの判断で、あるいは被告人以外の乙原会関係者の指示によって本件けん銃等を所持した可能性もある以上、実行者の認識についても検討すべきであったように思われる。この問題は、被告人の行為の証明と同様に、それを理由に本判決を批判すべきものではないが、裁判所が関心を抱くべきものであって、差し戻し審での審理が注目される。

4. おわりに

本件は、襲撃の危険性や乙原会の警戒態勢に関する本判決の事実認定及び評価を前提に、かつ、いくつかの仮定（具体的には被告人の行為や実行者側の認識）を

(12) 自己の犯罪というためには、正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な寄与が必要であろう（司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会・2009）57頁参照）。

肯定するのであれば、被告人に銃刀法違反の共謀共同正犯の成立を認めることも不可能ではない事案であったように思われる。もっとも、平成15年決定事件、平成17年決定事件及び本件は、組織の長である被告人を警護するために配下組員がけん銃等を所持していたという点で共通しているが、前二者にはそれぞれに固有の事情がいくつか存在する。例えば、平成15年決定事件においては、けん銃等を装備して組長を警護するスワットという組織の存在、組織内におけるスワットについての共通認識、車両の隊列等から嚴重な警戒態勢が伺えること等の事情が認められている⁽¹³⁾。平成17年決定事件においては、被告人の身の回りの世話と警護を担当する親衛隊の存在、被告人の自宅や事務所において防弾チョッキや防弾車を用いる警護態勢が取られており、被告人もその一端に気づいていたこと、ルームサービス係を客室内に入れなかったこと等の事情が認定されている。これらは、それぞれの被告人の黙示的行為にけん銃等所持の指示・命令の意味を付与、ないしそうした意味合いを強化する事情であるといえよう。また、平成15年決定事件では上京の決定を被告人がしたこと及びスワットらが被告人の意思を察していたことが、平成17年決定事件では実行者も被告人の意思を察していたことが認められている。これらの事情も共謀共同正犯を肯定する方向に作用するものである。こういった間接事実の少ない本件は、まさに、共謀共同正犯の限界事例であった⁽¹⁴⁾といえる。

以上見てきたように、判例が、平成15年決定事件以降の一連の銃刀法違反事件を通じて、暴力団の配下組員がけん銃等を所持して組長を警護しており、配下組員のけん銃等所持につき組長が認識さえしていれば、組長は銃刀法違反の共謀共同正犯になる、あるいは更に一般化して、ある組織の関係者が組織に関係する行為を行い、組織の上位者がその行為を認識さえしていれば、上位者はその行為の責任を負うことになる、と判断するようになったと理解するのは妥当ではない。判例は被告人の主観面に主眼を置いているようにも解しうるが、それは裁判所の判断の表面的な部分に過ぎず、その背後には、本件犯行に及ぼした被告人の行為の影響力等の検討があると理解すべきである。しかし、本判決では、被告人の行

(13) なお、平成15年決定の補足意見は、本件の行為状況（実行者に対する被告人の支配的立場、利益の享受、実行者の犯行を確定的に認識した上で被告人が犯行場所ないしその付近に臨んだこと）に言及しており注目される。

(14) もっとも、本判決は、本文中でも述べたように、原判決を破棄し、大阪地方裁判所に差し戻したものであって、本件の事実関係から直ちに共謀及び共同「正犯性」を肯定したわけではなく、実行者の犯行に関する被告人の認識には肯定する余地があると述べているに過ぎない点には注意を要する。差し戻し審において、被告人の認識と共謀及び共同正犯性の成否との関係が明らかにされることを期待したい。

為や被告人以外の行為者の認識の認定等が十分には表れていない。共謀の意義につき主観的謀議説を採用する以上、裁判所が認識や認容といった被告人の主観面に着目することは致し方ないことではあるが、それが、行為主義をはじめとした刑法上の原則を没却するようなことがあってはならない。それゆえ、裁判所は、行為主義違反の疑いを抱かせるような表現を避けるために、被告人の行為の存在を検証し、その行為の役割を正面から問うべきであり、また、共謀共同正犯が複数人による犯罪である以上、被告人と他の関与者との関係にも目を向けるべきである。

〈付記〉

校正段階で、林幹人「黙示的・不作為の共謀 - 最高裁平成21年10月19日判決を契機として」研修748号（2010）3頁に接した。